

POSICIÓN DE GARANTE
DEL EMPRESARIO

*POSICÃO DO GARANTE
DO EMPRESÁRIO*

POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO¹

POSIÇÃO DO GARANTE DO EMPRESÁRIO

Andy Carrión Zenteno²

ABSTRACT

La responsabilidad omisiva del empresario por delitos cometidos por sus subordinados resulta un problema de difícil solución, tanto en el ámbito dogmático como en el jurisprudencial. La dificultad radica básicamente en el fundamento y, sobre todo en los últimos tiempos, en el alcance de tal responsabilidad. Partiendo de la injerencia como elemento fundante de la responsabilidad penal del empresario, concretizaremos dicha propuesta de la mano del criterio de organización riesgosa de la empresa, todo ello como elemento legitimador, pero al mismo tiempo limitador de la responsabilidad penal omisiva.

Palabras clave: posición del garante; empresario; responsabilidad penal.

1 INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal del empresario por omisión constituye hasta hoy un problema sin solución uniforme en el Derecho penal económico, ello a pesar de su larga discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En rigor se trata de la pregunta de si el artículo 13 del Código Penal (tanto alemán como peruano) es un habilitante normativo para la imputación al empresario por delitos cometidos por sus subordinados. En el ámbito general esta problemática se circunscribe al instituto de la posición de garante³, la cual también presenta tanto en el fondo – legitimación- como en la forma – estructura normativa – cuestiones conceptuales poco claras. Tal es así que incluso Roxin la calificó como el capítulo más problemático y oscuro de la dogmática penal de la Parte General⁴.

1 Data de Recebimento: 02/12/2022. Data de Aceite: 05/12/2022.

2 Doctor y Magister (LL.M.) en Derecho por la Universidad de Bonn-Alemania.

3 Ya la terminología es cuestionable. Véase sobre esta discusión, *Rengier*, Strafrecht AT, § 49 marg. 29. *Ransiek*, JuS 2010, p. 585 s. *Langer*, Die Sonderstrafat, p. 451.

4 *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 marg. 2.; *Pawlik*, FS-Roxin zum 80. Geburtstag, p. 931y ss.; también *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 marg. 26.

La causa de tal calificación radica en que la “fórmula abierta”⁵ del artículo en cuestión no precisa “quien tiene el deber jurídico de impedir” la realización del resultado. Esto es, no está comprendido en la norma bajo qué condiciones el autor de la omisión debe ser considerado obligado de impedir resultados lesivos a los bienes jurídicos⁶.

La pregunta por el “si” de la posición de garante es un paso metodológico previo para abordar la pregunta del “por qué” de la imputación participativa del empresario. En otros términos, “una posición de garantía nos dice *quién* puede ser autor de un delito de omisión impropia, pero todavía no nos dice *por qué*. Pues esta última pregunta solo puede ser respondida a través de los criterios generales de adscripción de autoría”⁷. No obstante, lo que a simple vista se reconduce a la participación en general, toma contornos particulares por la propia configuración normativa del delito omisivo impropio. No por nada, algunos autores postulan al respecto la existencia en estos supuestos de una autoría única⁸.

En lo que sigue intentaremos dar una respuesta tentativa a las cuestiones planteadas vinculadas a la responsabilidad penal omisiva del empresario por delitos cometidos por sus subordinados.

2 PROPUESTA DOGMÁTICA DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL EMPRESARIO

En el ámbito del Derecho penal económico alemán tanto la jurisprudencia⁹ como la doctrina mayoritaria han reconocido¹⁰ la posición de garante del empresario de evitar delitos cometidos por sus subordinados. Mientras la jurisprudencia desarrolló la tesis de la competencia global y responsabilidad general de la dirección empresarial¹¹, la cual

5 Kühl, Strafrecht AT, 2012, § 18 marg. 41.

6 Kindhäuser, Strafrecht AT, § 36 marg. 2.

7 Mañalich, Juan Pablo, Omisión del garante e intervención delictiva, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. p. 245.

8 Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137

9 RGSt 24, 252 (254 s.); 33, 261 y ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 y ss.); 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 s.); 37, 106 (123 s.); BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 marg. 13.

10 Botke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.; Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantpflichten, p. 275 y ss.; Jakobs, Strafrecht AT, § 29 marg. 36; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 36; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 36 Rn. 63; Rogall, ZStW 98 (1986), 613 y ss.; Schünemann, Unternehmenskriminalität, p. 101 y ss.; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137; del mismo, JR 2012, S. 307; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2014, § 5 marg. 289 ff.; Schall, FS-Rudolphi, p. 267 y ss.; Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 142 y ss.; Walter, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, p. 140 y ss.; en contra Hsü, Garantstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, p. 241 y ss.; Schubarth, SchwZStR, 1976, p. 385 s.

11 RGSt 24, 252 (254 s.); 33, 261 y ss.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 y ss.); 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 fs); 37, 106 (123 s.); BGHSt 57, 42. En relación a la posición de garante del oficial de cumplimiento, BGHSt 54, 44 y ss. Recientemente sobre la posición de garante del empresario, BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 marg 13: „[...] aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter [kann sich] je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung be-

le brinda herramientas dogmáticas interesantes a fin de flexibilizar su aplicabilidad¹², la doctrina se adhiere a una responsabilidad limitada a las actividades empresariales¹³.

En cuanto a las posturas dogmáticas, la gran mayoría presenta deficiencias que dificultan su potencial legitimador. Solo por mencionar algunos ejemplos, la teoría del dominio de la organización no se encuentra en la posibilidad de explicar los casos de ingerencia, mientras la teoría del poder de mando no logra fundamentar por qué de la sola posición (estructural) de empresario debe derivarse necesariamente una posición de garante de evitación de resultados lesivos. La misma crítica es trasladable a la teoría de fuente de peligro planteada por Heine¹⁴, pues no resulta comprensible por qué el déficit objetivo del poder de mando sobre la organización empresarial debe permanecer en el directivo solo a fin de alcanzar la más alta responsabilidad.

Más allá de las particularidades de las posiciones mencionadas – y que por motivos de espacio no pueden citarse en su totalidad – una sistemática correlación del fundamento dogmático pasa por la identificación, en primer lugar, del objeto sobre el cual se erigirá normativamente la legitimación del garante. Esta no debe fundamentar, tal como se desprende de la exigencia planteada *prima facie* por el §13, sino solo delinear, mostrar el camino sobre el cual debe erigirse el problema de la posición de garante del empresario. De acuerdo a nuestro planteamiento, el objeto en referencia lo constituye la organización peligrosa de la empresa. Esto significa que, como primer peldaño, solo en tanto el comportamiento delictivo del subordinado se reconduzca y encuentre su marco de desarrollo en la organización peligrosa de la empresa,¹⁵ podrá el directivo competente responder penalmente por no haber evitado dicho resultado lesivo¹⁶.

Conjuntamente a este resultado se muestra el resultado que el momento desencadenante para la asunción de una posición de garante también darse dentro de una situación peligrosa previamente existente, en la cual no ha participado ni activa ni pasivamente el empresario. Por otro lado, también se presenta la constelación de casos en la cual el propio empresario aporta conductualmente a la predeterminación peligrosa de la empresa.

triebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.“

12 *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, p. 322.

13 *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, p. 275 y ss.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 marg. 36; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, p. 36; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 marg. 63; *Rogall*, ZStW 98 (1986), p. 613 y ss.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, p. 101 y ss.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 marg. 137; *del mismo*, JR 2012, p. 307.

14 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 120 y ss.

15 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 220, 221; Otto, FS Hirsch, S. 297; Artz, JA 1980, 553 y ss.; Stree, FS Mayer, p. 145 y ss.

16 *Jakobs*, Strafrecht AT, 29 marg. 36: „(...) so haftet der Betriebsinhaber für den gefährlichen Zustand seines Betriebs, solange überhaupt noch seine Geschäfte organisiert werden.“ También *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, p. 36: „Es geht also (...) um die für komplexere rechtlich normierte Organisationen oder organisierte Tätigkeiten.“

Con la limitación de la organización peligrosa a los casos mencionados se pretende crear un “ámbito mínimo” de responsabilidad penal, pues los modelos organizativos y los múltiples ámbitos de responsabilidad impiden un punto único de valoración dogmática¹⁷.

Partiendo de la organización peligrosa como objeto de la responsabilidad penal omisiva, resulta consecuente formular la pregunta acerca del segundo elemento legitimador de la posición de garante. Esta pregunta será vinculada en su análisis con la injerencia, pues sus propias características internas y externas plantea la cuestión del recurso a la conducta antijurídica previa.

Sobre la cualidad del comportamiento previo, la tendencia dogmática ha mostrado coherentemente su vocación por la flexibilización de las exigencias en la contrariedad al deber¹⁸. Esta postura es de recibo puesto que la estrictas exigencias de concurrencia de la conducta previa no se correspondían con una aplicación real del concepto, sino respondían únicamente a una exigencia abstracta, sin consecuencias.

No obstante, aún queda por responder a dónde deben apuntar los criterios de determinación de la conducta previa si el origen de la posición de garante por injerencia no se limita únicamente a un comportamiento previo antijurídico. Resulta convincente la tesis desarrollada por parte de la doctrina¹⁹ y amparada por la jurisprudencia²⁰ de la caracterización del comportamiento previo como un riesgo “cualificado” a fin de poder legitimar la responsabilidad penal omisiva. Distinto al comportamiento previo antijurídico, esta tesis muestra la ventaja que no solo grafica el fundamento de la responsabilidad sino que con ayuda de la concepción civil²¹ de “peligrosidad” señala al mismo tiempo el alcance propio de la responsabilidad penal omisiva.

De las reflexiones aquí vertidas se derivan las siguientes consecuencias para la responsabilidad penal del empresario por conductas ilícitas de sus subordinados:

a. Incorporación y mantenimiento de personal

En primer lugar debe anotarse que la apertura o instauración de una empresa no representa por sí mismo un riesgo cualificado o incrementado, motivo por el cual resulta inválido como fundamento de la injerencia²².

La problemática de la aplicación de la injerencia relativa a la incorporación de personal debe evaluarse del mismo modo que la apertura de una empresa. Ello no excluye que

17 Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, p. 217.

18 Jakobs, Strafrecht AT, § 29 marg. 42; Otto/Brammsen, JURA 1985, p. 646 (648); Roxin, Strafrecht AT II, § 32 marg. 156; Anders Sowada, JURA 2003, p. 236 (240 y ss.).

19 Jakobs, Strafrecht AT, 29 marg. 42, ders. BGH-FS, p. 29 y ss.; Kindhäuser Strafrecht AT, § 36 marg. 64; Kühl, AT, § 18 marg. 102; Roxin, AT II, § 32 marg. 160 y ss.; Stree, Klug-FS, p. 395 y ss.

20 BGHSt 38, 356(358); BGH NStZ 1998, 83(84); BGH NStZ 2000, 583(583).

21 Jakobs, Strafrecht AT, § 24 marg. 42.

22 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 240.

para ciertos requisitos pueda entrar en consideración una posición de garante.

Una constelación especial se origina, en primer lugar, son contratados para puestos con condiciones especiales empleados que pueden mostrar cierta incompetencia para el cargo. Ello debe ser reconocible para el directivo, solo bajo este supuesto podría responder consecuentemente por omitir el resultado lesivo²³. El requisito del comportamiento previo dependerá de si concurre una amenaza inmediata de la realización del riesgo²⁴.

Un caso particular de esta constelación de casos es aquél en el cual el riesgo no representa un riesgo inmediato sino mediato. Aquí la asunción de la injerencia depende de si el empleado tiene una cierta tendencia a la comisión de ilícitos. En este supuesto la inclinación al delito debe ser reconocible al empresario, sino entra a tallar el principio de confianza, que aportaría a la descarga de responsabilidad²⁵.

b. Organización empresarial riesgosa

También se da una posición de garante por injerencia cuando la empresa está organizada de tal manera que su estructura no puede garantizar un comportamiento en derecho de los subordinados. Dicho de otro modo, cuando la construcción y dirección empresarial constriñe a comportamiento antijurídicos²⁶.

POSIÇÃO DO GARANTE DO EMPRESÁRIO

RESUMO

A responsabilidade omissiva do empresário por delitos cometidos por seus subordinados resulta em um problema de difícil solução, tanto no âmbito dogmático quanto no jurisprudencial. A dificuldade está basicamente no fundamento e, sobretudo nos últimos tempos, no alcance de tal responsabilidade. Partindo da ingerência como elemento fundante da responsabilidade penal do empresário, concretizaremos esta proposta consonância com os critérios de organização de risco da empresa, tudo isso como elemento legitimador, mas ao mesmo tempo limitador da responsabilidade penal omissiva.

Palavras-chave: posição do garante; empresário; responsabilidade penal.

23 Jescheck, in: LK, 11^o ed. §13, marg. 35.

24 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 256.

25 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 256. Kühl, Strafrecht AT, §18, marg. 104; Roxin, Strafrecht AT II, §32, marg. 155 y ss.

26 Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, p. 257. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, p. 25 y ss.

REFERÊNCIAS

- ARTZ, Gunther. **Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt.** JA: 1980, p. 553 y ss.
- BOSCH, Nikolaus. **Organisationsverschulden in Unternehmen.** Augsburg: 2002.
- BOTTKE, Wilfried. **Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata.** Berlin: 1994.
- BRAMMSEN, Joerg. **Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten.** Berlin 1986.
- Heine**, Günter. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklung, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden 1995.
- HSÜ, Yü-hsiu. **Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten.** Pfaffenweiler: 1986.
- JAKOBS, Günter. **Strafrecht, Allgemeiner Teil.** 2. ed., Berlin/New York: 1991.
- Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen.** München: 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.** 5. ed., Berlin: 1996.
- KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** 7. ed., Baden-Baden: 2015.
- KÜHL, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** 4 ed. München 2002.
- LANGER, Richard. **Die Sonderstraftat. Eine gesamtssystematischer Grundlegung der Lehre vom Verbrechen.** 2. ed. Berlin: 2007.
- MANSDÖRFER, Marco. **Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischen Handeln.** Heidelberg: 2011.
- MAÑALICH, Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas, **Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte**, Año 21, n° 2, 2014, p. 225-276.
- RANSIEK, Andreas. **Das unechte Unterlassungsdelikt.** JUS: 2010, p. 585 y ss.
- RENGIER, Rudolf. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** 8 ed. München: 2016.
- Rogall*, Klaus: Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), in: ZStW 98 (1986), p. 611 y ss.
- ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil – Tomo II- Besonderes Erscheinungsformen der Straftat.** München: 2003.
- Strafrecht Allgemeiner Teil – Tomo I– Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre,** 4. ed., München: 2006.
- RUDOLPHIE. **Hans-Joachim:** Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unter-

lassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen: 1966.

SANGENSTEDT. **Christoph**: Garantstellung und Garantpflichten von Amtsträgern, Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantstellung, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988.

SCHALL. Hero: Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, en: ROGALL, Klaus; PUPPE, Ingeborg; STEIN, Ulrich; WOLTER, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Hans-Joachim Rudolphie zum 70 Geburtstag**. Neuwied: 2004, p. 267 y ss. SCHÜNEMANN, Bernd. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht**. Köln, Berlin: Bonn, München, 1979.

Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Göttingen: 1971.

STREE, Walter. Garantstellung kraft Übernahme. *In*: GEERDS, Friedrich; NAUCKE, Wolfgang (Hrsg.), **Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965**, Berlin: 1966, p. 145 y ss.

TIEDEMANN. **Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil**. 4 Aufl., München: 2014.